

# Sechs Fragen an... Prof. Dr. Dr. (h.c.) Angelika Nußberger, M.A.

---

JuWiss Redaktion

2016-03-10T16:57:20

von [JUWISS-REDAKTION](#)



© Josef Fischnaller

Nach den diversen erholsamen wie informativen Angeboten im Nachmittagsprogramm beginnt in wenigen Stunden die diesjährige Podiumsdiskussion, die sich dem Thema „Europa – Verirrt auf dem Pfad der Integration?“ widmet. Im Rahmen unserer Interviewreihe haben wir auch die Diskussionsteilnehmerinnen und -teilnehmer des Abends um einige Gedanken zu dem Thema gebeten. Auch [Prof. Dr. Dr. \(h.c.\) Angelika Nußberger, M.A.](#) – Section President und Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – hat uns einige interessante Antworten auf unsere Fragen gegeben.

***Welche Assoziationen kommen Ihnen in den Sinn, wenn Sie an das Thema der diesjährigen Assistententagung – „Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle“ – denken?***

In erster Linie würde ich an die Nachwirkungen von grundsätzlichen Weichenstellungen im Sozialrecht denken. Die Wahl des mit dem Namen Bismarck verbundenen Sozialversicherungsmodells einerseits und des für die britische Grundsicherung prägenden Modells von Beveridge hat die nachfolgende Entwicklung in diesem Bereich dauerhaft geprägt. Der einmal eingeschlagene „Pfad“ ist bei derartigen auf Langzeitwirkung angelegten Systemen kaum mehr zu

verlassen. Reformen sind möglich, bewegen sich aber in der Regel innerhalb eines vordefinierten Rahmens. Bei der sozialen Sicherung ist die Pfadabhängigkeit, wie mir scheint, aufgrund der institutionellen und finanziellen Implikationen besonders deutlich.

***Im Rahmen der diesjährigen Assistententagung werden auch Frage nach den Bedingungen und Grenzen des Konzepts der Pfadabhängigkeit gestellt. Wie bewerten Sie die rechtswissenschaftliche Relevanz des Topos „Pfadabhängigkeit“?***

„Pfadabhängigkeit“ ist eine Metapher. Nun ist es nicht ungewöhnlich, dass wir zur Beschreibung bestimmter Zusammenhänge auch in der Rechtswissenschaft Metaphern verwenden, man denke etwa an die „Legitimationskette“ oder an „Durchgriffsrechte“. Als Hilfsmodelle zur Erklärung komplexer Phänomene mögen derartige Metaphern geeignet sind, insbesondere, wenn man, wie bei Pfadabhängigkeit, nicht nur auf die Lösungen von Rechtsproblemen *per se*, sondern auch auf soziologische Begleitfragen abstellt. Man versucht die Hürden, die Systemänderungen entgegenstehen, zu beschreiben und zu erklären, wie sich Einzelentscheidungen in einen bestimmten vorgegebenen Rahmen einpassen. Mir scheint allerdings, dass zur Klärung der sich in diesem Zusammenhang stellenden rechtlichen Fragen weitere konkretisierende Ansätze erforderlich sind, etwa die Frage nach Vertrauensschutz oder eigentumsrechtlichem Schutz. Analysiert man Themen wie „Föderalismus“ oder „Ordnung des internationalen Sicherheitsraums“ nur unter dem Gesichtspunkt der „Pfadabhängigkeit“ mag man zu eher rechtssoziologisch als verfassungs- oder völkerrechtlich relevanten Antworten kommen.

***In Ihrem Festvortrag auf der Assistententagung Öffentliches Recht 2012 in Hamburg haben Sie den Tagungsteilnehmerinnen und -teilnehmern aufgezeigt, wie komplex und dynamisch die Suche nach einem europäischen Konsens sich selbst für die Richterinnen und Richter am EGMR gestaltet. Wie bewerten Sie heute – vier Jahre später – die Möglichkeiten für den von Ihnen beschriebenen Konsens? Oder sehen Sie die Gefahr, dass sich manche Wege als Sackgassen erweisen?***

Die Analyse dessen, was der EGMR „europäischen Konsens“ nennt, war und ist ein wesentliches Element in der Entscheidungsfindung des EGMR. Es wurde vor vier Jahren und wird heute kontrovers diskutiert. Eine grundsätzliche Änderung würde ich insoweit nicht feststellen.

Allerdings mag man sich fragen, inwieweit der Konsens der Vertragsstaaten zur Rolle des EGMR im Bereich der Menschenrechtssicherung, gewissermaßen der „Rahmenkonsens“ für das Funktionieren des Gerichtshofs, noch immer unverbrüchlich gilt. Es gibt besorgniserregende Zeichen, die vielfache und oftmals langjährige Weigerung, Urteile des Gerichtshofs umzusetzen (man denke nur an die Entscheidung zum Wahlrecht der Gefangenen, *Hirst v. Vereinigtes Königreich*), die verschiedenen in der Schweiz angesetzten Referenden (von denen das letzte zwar abgelehnt worden ist, aber dennoch zu einer Verschärfung des Ausweisungsrechts geführt hat) und die Einrichtung eines neuen Mechanismus in Russland, mit dem

die Vereinbarkeit der Urteile des Gerichtshofs mit grundlegenden Bestimmungen der russischen Verfassung überprüft werden kann. Vor diesem Hintergrund mag man fragen, ob wirklich noch ein Konsens besteht, die Urteile des Gerichtshofs als völkerrechtlich bindend und zur Umsetzung verpflichtend anzuerkennen. Manche Staaten scheinen eher eine „pick-and-choose-Politik zu befürworten. Dieser Ansatz würde das Erfolgsmodell der EMRK aber in der Tat in eine Sackgasse bringen.

***Im Zeichen gemeinsamer europäischer Werte werden die europäischen Grundrechte stets als Basis einer Integration verstanden – im Jahr 2014 hat das Gutachten 2/13 des Europäischen Gerichtshofs einer weiteren Integration in gewisser Weise einen Riegel vorgeschoben. Seither hat sich wenig bewegt. Glauben Sie, dass es durch das Gutachten zu einem „lock-in“ gekommen ist, der nicht mehr ohne fundamentale institutionelle und systemische Änderungen der EU-Verträge zugunsten eines Beitritts aufgelöst werden kann? War dies gegebenenfalls der Eintritt in einen pfadabhängigen Verlauf?***

Aus meiner Sicht wurde der kairos, der gute Augenblick für den Beitritt, aufgrund des Gutachtens des EuGH verpasst und eine Zusammenführung der Systeme für die nächsten Jahre unmöglich gemacht. Beim letzten Treffen von EuGH und EGMR war der Beitritt schlicht kein Thema mehr. Sicherlich bemüht sich die Kommission weiterhin um eine Lösung, aber die vom EuGH aufgebauten Hürden sind so hoch, dass ein neuer Anlauf erfolgreich vielleicht in der Tat nur im Rahmen einer Umgestaltung der Verträge gemacht werden kann, auch wenn dem eigentlich die klare, an keine Bedingungen geknüpfte Vorgabe in Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union widerspricht.

Auf der Grundlage des Modells der Pfadabhängigkeit kann man diese Entwicklung in unterschiedlicher Weise beurteilen. Entweder man geht davon aus, es gäbe einen kohärenten, aufeinander abgestimmten Pfad der Verwirklichung der Grundrechte in Europa im Rahmen des so genannten Verfassungsverbunds, der die Rechtsprechung von EuGH, EGMR und nationalen Verfassungsgerichten als Einheit sieht. Dieses Modell könnte man, gerade im Blick auf mögliche und nur schwer ausgleichbare Divergenzen in der Rechtsprechung als gefährdet ansehen. Andererseits kann man auch argumentieren, der Grundrechtsschutz habe sich von Anfang an mehrgleisig entwickelt und mit dem Beitritt wäre man von dem vorgegebenen Pfad abgewichen.

***Ist der EuGH durch sein Verständnis der Autonomie des Unionsrechts selbst Opfer der „Pfadabhängigkeit“ geworden, dem ein Blick auf möglicherweise überlegene Alternativen unmöglich geworden ist?***

Niemand bezweifelt, dass das Recht der EU ein Recht „sui generis“ ist und sich weder mit klassischem Staatsrecht noch mit dem Recht einer internationalen Organisation vergleichen lässt. Ob aus dieser Tatsache auch eine „Autonomie“ gegenüber einer externen Kontrolle der Einhaltung der Menschenrechte abzuleiten ist, mag man mit Fug und Recht bestreiten. Nichtsdestotrotz sind die Argumente, mit denen der EuGH bei einem Beitritt der EU zur EMRK seine „Autonomie“ gewahrt wissen will, nunmehr die Basis, auf der über einen Beitritt erneut zu verhandeln ist. Der EuGH sieht sich insoweit sicherlich nicht als „Opfer der Pfadabhängigkeit“,

sondern vielmehr als derjenige, der den Pfad, den es einzuschlagen gilt, bestimmt hat und weiter bestimmt. Über Alternativen nachzudenken ist müßig.

***Welchen Themen, welchen methodischen Herausforderungen sollten sich die auf der Assistententagung versammelten jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern des Öffentlichen Rechts zuwenden?***

Angesichts der aktuellen Entwicklungen ist es aus meiner Sicht sinnvoll, über verschiedene grundlegende Konzepte des Staats- und Völkerrechts neu nachzudenken, etwa über Jurisdiktion. Kann es sein, dass völkerrechtlich niemand Jurisdiktion hat und damit niemand verantwortlich ist, wenn ein Flüchtlingsboot auf Hoher See kentert und die Insassen ums Leben kommen (auch dann, wenn viele Staaten dies wissen oder zumindest billigend in Kauf nehmen), dass zugleich aber derjenige Staat, der die Flüchtlinge rettet und in ein eigenes Schiff aufnimmt, Jurisdiktionsgewalt hat und damit nicht nur für die Durchführung der Asylverfahren, sondern unter Umständen auch für die Gewährung von Asylrecht verantwortlich ist? Kann es sein, dass Staaten, die an ihren Grenzen Mauern hochziehen und damit ausschließen, dass Flüchtlinge in ihr Land kommen, keine Jurisdiktion und damit auch keine völkerrechtliche Verantwortung für das Schicksal derer, die „außen vor geblieben sind“, haben? Auch ließe sich darüber nachdenken, ob nicht andere grundlegende Konzepte wie etwa „Staatsvolk“, „Staatsangehörigkeit“ oder „Solidarität“ aufgrund globaler Migrationsbewegungen mit einer anderen Bedeutung unterlegt werden.

Eine methodische Herausforderung finde ich, den Platz der Rechtsvergleichung bei der Lösung konkreter Fälle zu bestimmen. Peter Häberle hat sie die „fünfte Auslegungsmethode“ genannt. Inzwischen greifen viele nationale und internationale Gerichte darauf zurück. Die Voraussetzung des Einsatzes von Rechtsvergleichung wie auch Grundfragen der Legitimität scheinen mir dennoch nicht ausreichend geklärt zu sein.

*Die Fragen stellten Hannes Rathke und Tobias Brings.*

